

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr. SB110576-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Vorsitzender, Dr. Bussmann und lic. iur. Burger sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Höfliger

## Urteil vom 24. Januar 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Angeklagter und Appellant

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich,**

vertreten durch Staatsanwältin lic. iur. Braunschweig,

Anklägerin und Appellatin

betreffend **gewerbsmässige Hehlerei**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 10. Dezember 2010 (DG100011)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 27. September 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 29).

**Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Angeklagte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig der gewerbsmässigen Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 2 StGB.
2. Der Angeklagte wird bezüglich der zwischen dem 13. Dezember 2005 und 12. Januar 2006 verübten Taten vom Vorwurf der gewerbsmässigen Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 2 StGB freigesprochen.
3. Der Angeklagte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 52 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind) als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. April 2009.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.
5. Der Angeklagte wird verpflichtet, vom unrechtmässig erlangten Vermögensvorteil Fr. 5'000.– als Ersatzforderung an den Staat zu bezahlen.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 4'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 1'500.– Untersuchungskosten
7. Die Kosten des Untersuchungs- und Gerichtsverfahrens werden dem Angeklagten zur Hälfte auferlegt.
8. Dem Angeklagten wird eine reduzierte Prozessentschädigung in Höhe von Fr. 8'608.– (inkl. MWSt) zugesprochen.

9. Auf die Schadenersatzbegehren der Geschädigten 3) und 4) wird nicht eingetreten.
10. Die Schadenersatzbegehren der Geschädigten 10) werden abgewiesen und die Geschädigte auf den Zivilweg verwiesen.

**Berufungsanträge:**

a) des Verteidigers des Angeklagten:

(Urk. 67 S. 1)

1. Es sei der Appellant vom Vorwurf der gewerbsmässigen Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 2 StGB freizusprechen.
2. Es sei von der Festsetzung einer Ersatzforderung abzusehen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Staatskasse

b) des Vertreters der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich:

(Urk. 54)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

## I. Prozessuales

1. Gemäss Art. 453 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung werden Rechtsmittel gegen einen Entscheid, der vor deren Inkrafttreten am 1. Januar 2011 gefällt wurde, nach bisherigem Recht beurteilt. Da der vorliegend angefochtene Entscheid am 10. Dezember 2010 gefällt wurde, ist demnach für das Berufungsverfahren die bisherige Strafprozessordnung des Kantons Zürich (nachfolgend StPO/ZH) sowie das bisherige Gerichtsverfassungsgesetz (nachfolgend GVG/ZH) anwendbar.

2. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 10. Dezember 2010 liess der Angeklagte mit Eingabe vom 14. Dezember 2010 rechtzeitig Berufung anmelden (HD 46). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 27. Juni 2011 (HD 49, Blatt 2) benannte der Verteidiger mit Schreiben vom 18. Juli 2011 innert Frist die Beanstandungen im Sinne von § 414 Abs. 4 StPO/ZH (HD 51). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (HD 54). Mit Eingabe vom 3. Oktober 2011 reichte der Angeklagte das Datenerfassungsblatt und weitere Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen ein (Urk. 63 und 64/1-7).

3. Mit Eingabe vom 7. Dezember 2011 reichte der Verteidiger eine schriftliche Erklärung von B.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2011 in ... Sprache [aus Staat Z.\_\_\_\_\_] samt einer deutschen Übersetzung als zusätzliches Beweismittel ein (Urk. 66/1-2).

4. Gemäss § 413 Abs. 3 StPO/ZH wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Rechtskraft gehemmt. Nachdem der vorinstanzliche Freispruch vom Vorwurf der gewerbsmässigen Hehlerei bezüglich des ersten Tatkomplexes gemäss Anklageziffer I der Anklageschrift vom 27. September 2010 (HD 29) nicht angefochten worden ist, ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 10. Dezember 2010 diesbezüglich (Ziffer 2) in Rechts-

kraft erwachsen ist. Dasselbe gilt hinsichtlich der Regelung der Zivilansprüche (Ziffern 9 und 10), welche von den Geschädigten nicht angefochten wurde.

5. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen.

## II. Sachverhalt

### 1. Anklagevorwurf

1.1. Unter der Anklageziffer II wird dem Angeklagten gewerbsmässige Hehleri im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 2 StGB bezüglich eines Tatkomplexes aus dem Zeitraum Oktober bis November 2007 (ND 3 - ND 9) vorgeworfen. B.\_\_\_\_\_ habe dem Angeklagten zu einem nicht näher bestimmbar Zeit- punkt vor dem 31. Oktober 2007 Zigaretten offeriert, worauf sich der Angeklagte bereit erklärt habe, je nach Zigarettenmarke solche zu einem Preis von ca. 40% des Verkaufspreises zu übernehmen. B.\_\_\_\_\_ habe den Angeklagten jeweils tele- fonisch darüber informiert, wann er ihn mit Zigaretten beliefern würde und habe die Zigaretten dem Angeklagten jeweils in den frühen Morgenstunden, ca. 6.00 bis 7.00 Uhr, abgepackt in grossen Abfallsäcken, jeweils mit immer anderen, ent- wendeten Personenwagen nach C.\_\_\_\_\_ überbracht. In unmittelbarer Nähe des dem Angeklagten gehörenden D.\_\_\_\_\_ Cafés, seien die Zigaretten jeweils in ei- nen vom Angeklagten gelenkten Personenwagen umgeladen worden. Je nach Umfang der Lieferung habe der Angeklagte die übernommenen Zigaretten bar oder zwei bis drei Tage später bezahlt, durchschnittlich ca. Fr. 25.– bis Fr. 30.– pro Stange Zigaretten. Bei der Übernahme habe der Angeklagte jeweils die Ziga- rettenstangen gezählt. Hierbei habe er aufgrund der konkreten Umstände des Kaufangebotes des ihm nicht näher bekannten Verkäufers B.\_\_\_\_\_ gewusst, dass es sich um gestohlene Zigaretten handelte, namentlich wegen der kurzfris- tig, in grossem Umfang und frühmorgens vor Geschäftsöffnung im Freien geliefer- ten Zigaretten sowie insbesondere aufgrund des tiefen Verkaufspreises.

Auf diese Weise habe der Angeklagte zu mehreren, nicht exakt bestimm-  
baren Zeitpunkten jeweils nach der Verübung der nachfolgend aufgeführten Dieb-  
stähle von B.\_\_\_\_\_ Zigaretten übernommen:

- E.\_\_\_\_\_/F.\_\_\_\_\_, ...gass ..., ... G.\_\_\_\_\_ (31. Oktober 2007,  
38 Stangen im Gesamtwert von Fr. 2'280.-),
- E.\_\_\_\_\_/F.\_\_\_\_\_, ...gasse ..., ... H.\_\_\_\_\_ (31. Oktober 2007,  
22 Stangen im Wert von Fr. 1'380.-),
- E.\_\_\_\_\_/F.\_\_\_\_\_, ...gass ..., ... G.\_\_\_\_\_ (2. November 2007,  
112 Stangen im Wert von Fr. 6'955.-),
- E.\_\_\_\_\_/F.\_\_\_\_\_, ...str. ..., ... I.\_\_\_\_\_ (2. November 2007,  
99 Stangen im Wert von Fr. 6'175.-),
- E.\_\_\_\_\_/F.\_\_\_\_\_, ...str. ..., ... J.\_\_\_\_\_ (14. November 2007,  
97 Stangen im Wert von Fr. 6'037.-),
- E.\_\_\_\_\_, ...str. ..., ... K.\_\_\_\_\_ (23. November 2007,  
115 Stangen im Wert von Fr. 7'216.-),
- E.\_\_\_\_\_/F.\_\_\_\_\_, ...str. ..., ... J.\_\_\_\_\_ (30. November 2007,  
88 Stangen im Wert von Fr. 5'459.-).

Der Angeklagte habe die genannten Mengen von Zigaretten – insgesamt  
571 Stangen im Gesamtwert von Fr. 35'502.00. – über die drei von ihm betriebe-  
nen Zigarettenautomaten in seinem Lokal "D.\_\_\_\_\_" an der ...strasse ... in  
C.\_\_\_\_\_, bei der "L.\_\_\_\_\_" (Schweiz) AG" an der ...strasse ... in ... M.\_\_\_\_\_ und  
beim Restaurant "N.\_\_\_\_\_" an der ...strasse ... in ... O.\_\_\_\_\_ sowie im Direkt-  
verkauf im von ihm geführten Lokal "D.\_\_\_\_\_" zum Preis von ca. Fr. 6.– pro  
Päckchen verkauft (HD 29 S. 12 ff.).

1.2. Diese Sachverhaltsdarstellung der Anklagebehörde wird vom Angeklag-  
ten nach wie vor vollumfänglich bestritten (Prot. II S. 9 ff.). Er anerkennt lediglich,  
dass er B.\_\_\_\_\_ flüchtig kenne, da dieser als Gast ein paar mal sein Lokal besucht  
und ihn mehrmals gebeten habe, ihm Arbeit zu vermitteln (HD 8/7 S. 2 ff.).

## 2. Beweiswürdigung

### 2.1. Allgemeines

2.1.1. Hinsichtlich der allgemeinen Regeln der Beweiswürdigung kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 56 S. 8 ff. Ziff. 2.3; § 161 GVG/ZH).

2.1.2. Auch bezüglich der Darstellung der Aussagen des Angeklagten und der Aussagen der Auskunftsperson B.\_\_\_\_\_ kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die erstinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (Urk. 56 S. 15 ff. Ziff. 2.5.1. und 2.5.2.)

2.1.3. Die Anklagebehörde stützt den eingeklagten Sachverhalt im Wesentlichen auf die Aussagen von B.\_\_\_\_\_, die Auswertung des Mobiltelefons von B.\_\_\_\_\_, die Auswertung der Zählerstände der drei Zigarettensautomaten und der Buchhaltung des Angeklagten sowie den Fundort des Fahrzeugs, welches von B.\_\_\_\_\_ entwendet und für zwei der sieben Diebstähle verwendet wurde. Direkte Beobachtungen der Vorfälle durch unbeteiligte Dritte liegen nicht vor.

Es ist daher grösstenteils anhand von Indizien, die sich aus der Analyse der Aussagen des Angeklagten einerseits und des übrigen Untersuchungsergebnisses andererseits gewinnen lassen, zu prüfen, ob die vorgeworfenen Taten dem Angeklagten rechtsgenügend nachgewiesen werden können.

### 2.2. Telefonkontrollen und Fahrzeugfund in C.\_\_\_\_\_

2.2.1. Ein gewichtiges Indiz für die Täterschaft des Angeklagten – schon unabhängig von den belastenden Aussagen von B.\_\_\_\_\_ (dazu unten Ziff. 2.4.) – ist in den nachweislichen Telefonkontakten zwischen ihm und B.\_\_\_\_\_ zu sehen. Die Auswertung des Mobiltelefons von B.\_\_\_\_\_ ergab, dass mit diesem Mobiltelefon am 2. November 2007 um 5 Uhr 42 – und damit nur wenige Stunden nach der nächtlichen Verübung der Einbruchdiebstähle in den Fällen E.\_\_\_\_\_/F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ (ND 5) und E.\_\_\_\_\_ F.\_\_\_\_\_ I.\_\_\_\_\_ (ND 6) – sowie am 23. November 2007 um 4 Uhr 49 – und damit nur wenige Stunden nach der nächtlichen Ver-

übung des Einbruchdiebstahls im Fall E.\_\_\_\_\_ K.\_\_\_\_\_ (ND 8) – das Mobiltelefon des Angeklagten angerufen und kurze Gespräche mit einer Dauer von 16 bzw. 21 Sekunden geführt wurden. Beide Gespräche wurden in Nähe der Handyantenne ...trasse ... in C.\_\_\_\_\_ – und damit am Wohn- und Arbeitsort des Angeklagten – geführt (HD 1 S. 4 und HD 20/1-2 Blatt 1).

Auch wenn der Inhalt dieser Gespräche unbekannt ist, besteht allein aufgrund der zeitlichen und örtlichen Umstände der starke Verdacht, dass der Angeklagte von B.\_\_\_\_\_ nach dessen Ankunft in C.\_\_\_\_\_ deswegen kontaktiert wurde, weil ihm die kurz zuvor gestohlenen Zigaretten übergeben werden sollten.

2.2.2. Konfrontiert mit diesen auffälligen Telefonanrufen vom 2. und 23. November 2007 führte der Angeklagte am 12. Juli 2010 vor der Staatsanwaltschaft aus, dass B.\_\_\_\_\_ ihn mehrmals angerufen habe, nicht nur diese zwei Male. Er sei auch ein paar Mal bei ihm im Lokal "D.\_\_\_\_\_" gewesen. B.\_\_\_\_\_ habe immer gesagt, er (der Angeklagte) solle ihm eine Schwarzarbeit suchen, worauf er diesem immer wieder geantwortet habe, er könne für ihn nichts finden. Sodann gebe es mehrere Leute, die ihn (den Angeklagten) in der Nacht anrufen würden, manchmal, insbesondere an den Wochenenden, arbeite er bis 04.00 oder 05.00 Uhr (HD 8/7 S. 2; auch HD 8/1 S. 2). Auch vor Vorinstanz und anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Angeklagte an, dass viele Leute zu diesen frühen Morgenstunden aus der Diskothek kommen und bei ihm nachfragen würden, ob er noch geöffnet habe. Wenn man jetzt sein Handy kontrollieren würde, würde man auch Anrufen zu solchen Uhrzeiten feststellen können (Prot. I S. 16 ff.; Prot. II S. 11).

Diese pauschalen und ausweichenden Erklärungen des Angeklagten vermögen nicht zu überzeugen. Zwar ist zutreffend, dass B.\_\_\_\_\_ bei ihm verschiedentlich nach Schwarzarbeit nachgefragt hatte (vgl. die Aussagen von B.\_\_\_\_\_ in HD 10/33 S. 3 und HD 9/1 S. 3). Es ist aber praktisch auszuschließen, dass B.\_\_\_\_\_ ihn aus diesem Grund in den frühen Morgenstunden unmittelbar nach einem Diebstahl angerufen haben sollte. Auch der Hinweis darauf, dass der Angeklagte in den frühen Morgenstunden oft von Nachtschwärmern angerufen werde, liefert keine plausible Erklärung für die zwei frühmorgendlichen Anrufe

von B.\_\_\_\_\_, kann doch nicht im Ernst davon ausgegangen werden, dass dieser, nachdem er einen Einbruchdiebstahl verübt hatte, lediglich nach einem offenen Lokal für den ersten Morgenkaffee gesucht haben sollte, zumal er sich schon in C.\_\_\_\_\_ befand.

2.2.3. Die neutralen Erkenntnisse aus der Telefonkontrolle stehen sodann im Einklang mit den Aussagen von B.\_\_\_\_\_ vom 3. Juli 2008 (zu der allgemeinen Würdigung seiner Aussagen vgl. Ziff. 2.4.). B.\_\_\_\_\_ sagte damals aus, dass er und der Angeklagte sich betreffend Zigarettenübergabe fast immer telefonisch unterhalten hätten. Beispielsweise habe er dem Angeklagten am Telefon gesagt, dass er in 10 oder 15 Minuten da sei. Teilweise habe er auch vor der Tat dem Angeklagten in dessen Bar gesagt, dass sie Diebstähle begehen würden und sie ihn am Morgen treffen würden (HD 10/33 S. 4). Auf Nachfrage wiederholte er, dass er manchmal mit dem Angeklagten telefoniert habe, dass er Beute habe, und manchmal ihm vor den Diebstählen gesagt habe, er würde um 5 Uhr morgens vorbei kommen (HD 10/33 S. 5, vgl. auch HD 10/28 S. 3). Diese Darstellung bestätigte er im Kern auch in der Konfrontationseinvernahme vom 15. Juli 2008 (HD 9/1 S. 4: "Nein, ich habe ihn angerufen, wenn es etwas geben würde. [...] Manchmal habe ich gesagt, in ein paar Tagen, es war nicht immer abgemacht [...], mal so mal so." ).

Damit gibt B.\_\_\_\_\_ nicht nur eine durchaus realistische Schilderung ab, wie die Übergabe der Zigaretten jeweils verabredet wurde. Im Gegensatz zu den Schutzbehauptungen des Angeklagten in diesem Punkt liefern seine Aussagen auch eine plausible Erklärung zu dem aus den Telefonkontrollen ersichtlichen Bild: Seinen Angaben nach wurden die Treffen zur Zigarettenübergabe nicht immer telefonisch, sondern teilweise mündlich im voraus im Lokal des Angeklagten für den folgenden Morgen oder die nächsten Tage verabredet. Hinzu kommt, dass der Angeklagte von B.\_\_\_\_\_ im deliktsrelevanten Zeitraum auch noch zu anderen Randzeiten angerufen wurde (darunter zweimal zwischen 20 und 21 Uhr abends nach dem Einbruchdiebstahl vom 30.11. 2007 in die E.\_\_\_\_\_ J.\_\_\_\_\_; vgl. HD 20/1 und 10/34 S. 7). Vor diesem Hintergrund scheint der Umstand, dass nicht bei allen Diebstählen ein telefonischer Kontakt noch in der Tatnacht selbst nachge-

wiesen werden konnte – entgegen der Auffassung der Verteidigung (HD 42 S. 15) – nicht widersprüchlich, sondern ohne weiteres einleuchtend.

2.2.4. Abgerundet wird das sich aus den Telefonkontrollen ergebende Bild auch dadurch, dass der für die Einbruchdiebstähle vom 31. Oktober 2007 und 2. November 2007 (ND 3 - 6) von B.\_\_\_\_\_ benutzte Personenwagen am 9. November 2007 an der ...strasse ... in C.\_\_\_\_\_ aufgefunden wurde (vgl. HD 1 S. 5; HD 10/25 S. 2; HD 19/4 S. 1). Dieser Umstand lässt sich mit dem registrierten Telefonanruf vom 2. November 2007 von B.\_\_\_\_\_ an den Angeklagten in Kontext bringen und bestärkt damit noch den ohnehin schon starken Verdacht, dass die aus den besagten Einbruchdiebstählen gestohlenen Zigaretten dem Angeklagten überbracht wurden.

Dem Einwand der Verteidigung (HD 42 S. 16), wonach nicht plausibel sei, dass ein Dieb das bei Diebstählen verwendete Fahrzeug in der Nähe des Hehlers stehen lasse, ist mit der Vorinstanz (Urk. 56 S. 21) entgegenzuhalten, dass sehr wohl nachvollziehbar ist, dass ein Dieb das zum Transport der Diebesbeute verwendete Fahrzeug so schnell wie möglich wieder loswerden möchte. Auch der weitere Einwand des Verteidigers, dass nicht nachvollziehbar sei, wie B.\_\_\_\_\_ ohne Auto wieder von C.\_\_\_\_\_ weg gekommen sein wolle, hat die Vorinstanz überzeugend entkräftet. Erste S-Bahn-Züge verlassen C.\_\_\_\_\_ bekanntlich bereits kurz nach 05.00 Uhr (im Halbstundentakt), weshalb ohne weiteres denkbar ist, dass sich B.\_\_\_\_\_ nach der Übergabe zwischen 06.00 und 07.00 Uhr mit öffentlichen Verkehrsmitteln aus C.\_\_\_\_\_ entfernt haben mag. B.\_\_\_\_\_ sagte denn auch selber einmal – wenn auch noch zu einem Zeitpunkt bevor er zugab, dass es sich bei seinem angeblichen Hehler "P.\_\_\_\_\_" aus V.\_\_\_\_\_ um den Angeklagten in C.\_\_\_\_\_ handelte (vgl. unten Ziff. 2.4.2.) – dass er nach der Übergabe des Diebesgutes aus der Nacht vom 2. November 2007 das Transportauto nicht mehr verwendet habe und mit dem Zug, "wie [...] denn sonst", nach ... gefahren sei (Urk. 10/27 S. 3).

### 2.3. Zählerstände der Zigarettenautomaten und Buchhaltung des Angeklagten

2.3.1. Ein weiteres neutrales, den Angeklagten stark belastendes Indiz ergibt sich aus den hohen Zählerständen seiner drei Zigarettenautomaten, bzw. aus der daraus ersichtlichen Diskrepanz zwischen eingekauften und verkauften Zigaretten.

Unbestritten ist, dass der Angeklagte zwischen Oktober 2006 und Juni 2008 drei Zigarettenautomaten unterhielt, wovon er zwei im Oktober 2006 und einen im Dezember 2007 jeweils bei der Lieferfirma "Q.\_\_\_\_\_ GmbH" in ... käuflich erworben hatte (vgl. HD 8/7 S. 7; HD 8/1 S. 4 f.; HD 8/4 S. 2; HD 15/1-2). Unbestritten ist auch, dass der Angeklagte seine Zigarettenautomaten jeweils selber auffüllte und niemand sonst etwas damit zu tun hatte (HD 8/7 S. 7, vgl. HD 8/3 S. 5; HD 8/4 S. 2). Der Angeklagte machte sodann zusammengefasst geltend, dass er die Zigaretten für diese Automaten im Wesentlichen bei den Grossverteilern T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ sowie in verschiedenen Denner-Filialen und manchmal auch im Coop eingekauft habe. Auch fügte er an, dass er auch etwa 30 Mal im grenznahen und zollfreien W.\_\_\_\_\_ eingekauft habe, wo er aber jeweils nur drei Stangen habe mitnehmen können. In seltenen Fällen habe er auch an Kiosken Zigarettenstangen eingekauft (vgl. HD 26/5 S. 1 f., HD 8/1 S. 3; HD 8/3 S. 8 f.; HD 8/7 S. 6 f.). Später machte er auch geltend, dass er zum Teil auch Stangen von Vertretern der Zigarettenmarken eingekauft habe, welche sein Lokal aufgesucht hätten (HD 8/3 S. 6 f.). Dabei gab er mehrmals an, dass das Geschäft mit den Zigaretten schlecht gelaufen sei (vgl. HD 8/3 S. 2 f.; HD 8/4 S. 2; HD 8/7 S. 7).

2.3.2. Laut Ermittlungsbericht vom 15. August 2008 las die Kantonspolizei Zürich am 27. Juni 2008 bei allen drei Automaten die Zählerstände ab. Demnach stand derjenige beim Automaten in C.\_\_\_\_\_ bei 8820 Zigarettenpäckchen, derjenige beim Automaten in M.\_\_\_\_\_ bei 5325 Zigarettenpäckchen und derjenige in ... bei 2371 Zigarettenpäckchen. Der Ermittlungsbericht hält weiter fest, dass gemäss der Auskunft eines Herrn R.\_\_\_\_\_ der Lieferfirma "Q.\_\_\_\_\_ GmbH" in ... diese Zähler weder manipuliert noch gelöscht werden könnten (HD 2 S. 3 f.; vgl. auch HD 3 S. 17 f).

Dieser Ermittlungsbericht stellt einen Amtsbericht im Sinne von § 138 StPO/ZH dar. Auf die darin aufgeführten Wahrnehmungen des protokollierenden Polizeibeamten (betr. Zählerstände, Auskunft der ... Lieferfirma) darf deshalb – entgegen der Auffassung der Verteidigung (HD 42 S. 11) und auch der Vorinstanz (Urk. 56 S. 21 unten) – in freier Beweiswürdigung abgestellt werden, auch ohne dass ein Foto der Zählerstände vorhanden ist oder eine Befragung des protokollierenden Polizisten oder der Auskunftsperson der Herstellerfirma durchzuführen gewesen wäre. Lediglich theoretischer Natur ist sodann die weitere Kritik der Verteidigung in Zusammenhang mit diesem Beweismittel, wonach nicht abgeklärt worden sei, ob die Zählerstände bei Auslieferung der Apparate tatsächlich auf Null gesetzt waren und ob eine Fehlfunktion der Elektronik derselben auf jeden Fall ausgeschlossen werden könne (HD 42 S. 11). In Anbetracht des Umstandes, dass es sich um direkt bei der Lieferantin gekaufte Neugeräte handelte (vgl. HD 8/1 S. 4; HD 8/7 S. 7 und insbesondere HD 8/4 S. 1 f.; HD 15/1-2; auch Prot. II S. 11 f.) darf mangels gegenteiliger objektiver Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass die drei fraglichen Zigarettenautomaten in fabrikneuem Zustand abgeliefert wurden und einwandfrei funktioniert hatten.

Demnach ist ohne rechtserhebliche Zweifel festzustellen, dass über die drei Automaten des Angeklagten – zu denen nur er und niemand sonst Zugang hatte – innert 21 Monaten (Oktober 2006 bis Juni 2008) insgesamt 16'516 Zigarettenpäckchen verkauft worden sein müssen, was (abgerundet) 1'615 Stangen Zigaretten entspricht (vgl. HD 3 S. 17 f.). Dies ergibt einen beachtlichen durchschnittlichen Monatsabsatz von 78 Stangen Zigaretten.

2.3.3. Diese hohen Verkaufszahlen widersprechen damit nicht nur den Ausführungen des Angeklagten, wonach der Verkauf an den Automaten schlecht gelaufen sei, sie stehen auch in einem krassen Missverhältnis zu den registrierten Zigaretteneinkäufen des Angeklagten. Die Abklärungen der Staatsanwaltschaft bei der T. \_\_\_\_\_ in ... und ... sowie bei der U. \_\_\_\_\_ in ... führte zum Ergebnis, dass der Angeklagte als registrierter Kunde dieser Grossverteiler in der Zeit vom 1. November 2005 bis 30. Juni 2008 in monatlich unregelmässiger Anzahl insgesamt gerade mal 277 Stangen Zigaretten eingekauft hatte (HD 21/3/7, davon 272

Stangen bei der T.\_\_\_\_). Dies ergibt (aufgerundet) einen monatlichen Einkaufsdurchschnitt von lediglich 9 Stangen. Ein im Wesentlichen übereinstimmendes Bild ergibt sich auch aus den vom Angeklagten selbst eingereichten detaillierten Kundenlisten bei der T.\_\_\_\_, nach denen er in der 16 Monate längeren Dauer vom 1. Januar 2005 bis zum 9. Dezember 2008 insgesamt 545 Stangen Zigaretten eingekauft hatte (vgl. HD 21/3/1; HD 41 S. 6), was einem monatlichen Durchschnitt von 11 Stangen entspricht.

Interessanterweise offenbart ein Blick auf die Auswertung der von der T.\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_ erhobenen Einkaufszahlen (HD 21/3/7) auch, dass der Angeklagte von Mai 2007 bis Februar 2008 – und damit gerade auch um den für das Berufungsverfahren deliktrelevanten Zeitraum Oktober/November 2007 herum – so gut wie keine Zigaretten mehr bei diesen Grossverteilern eingekauft hatte. Trotzdem schaffte sich der Angeklagte im Dezember 2007 einen dritten Zigarettenautomaten (Standort ...) an. Seine Erklärung, er habe gedacht, die Sache mit den Zigaretten würde anfangen zu laufen (HD 8/7 S. 7), ist vor dem Hintergrund der praktisch fehlenden Einkäufe in den Monaten vor und nach dieser Neuanschaffung alles andere als plausibel.

2.3.4. Hinzu kommt der auffallende Befund aus der Buchhaltung des Angeklagten. Diese zeigt in der Erfolgsrechnung für das Geschäftsjahr 2007 beim Posten Tabak einen Wareneinkauf von lediglich Fr. 579.– und einen Ertrag von Fr. 0.– (Urk. 16/2, Blatt 6 und 8), obschon der Angeklagte in diesem Jahr bei den Grossverteilern erwiesenermassen immerhin 46 Stangen Zigaretten eingekauft hatte (HD 21/3/7). Gemäss den aus den ermittelten Zählerständen zu ziehenden Rückschlüssen müssen im Jahr 2007 sogar rund 837 Stangen verkauft worden sein (HD 3 S. 18). Vor diesem Hintergrund (sowie den übrigen den Angeklagten belastenden Indizien) vermag die Erklärung des Angeklagten für die buchhalterischen Unstimmigkeiten, wonach er vergessen habe, dem Buchhalter die vollständigen Belege einzureichen, nicht zu überzeugen.

2.3.5. Die starke Diskrepanz zwischen den ermittelten beträchtlichen Verkaufszahlen gemäss Automatenzählerstände einerseits und den spärlichen registrierten (und unregelmässig verbuchten) Grosseinkäufen andererseits lässt

sich auch nicht etwa mit den vom Angeklagten sukzessive vorgebrachten Zukäufen auf alternativen Einkaufswegen erklären: Die Annahme, dass der Angeklagte als ein an Gewinn orientierter Geschäftsmann über Monate hinweg den grössten Teil der von ihm umgesetzten Zigaretten bei Denner oder Coop, in W.\_\_\_\_\_ oder an diversen Kiosken eingekauft und mehr oder weniger zum Selbstkostenpreis weiterverkauft haben sollte, erscheint schlichtweg absurd und wird letztlich auch vom Angeklagten nicht ernsthaft geltend gemacht. Überhaupt blieb der Angeklagte hinsichtlich seiner Zigaretteneinkäufe immer sehr vage. Als er beispielsweise gefragt wurde, bei welcher der von ihm genannten Einkaufsquellen (Grossverteiler und alternative Quellen) er denn am meisten eingekauft habe, meinte er nur: "Puh, da habe ich keine Ahnung." (HD 8/3 S. 7).

Bezeichnend ist schliesslich auch die Reaktion des Angeklagten, nachdem er mit den ermittelten Zählerständen konfrontiert worden war. Weder wurden diese von ihm je explizit bestritten (vgl. z.B. Urk. 8/4 S. 3,5: "So viel?", "Also das ist schon eine hohe Zahl", "Ich behaupte jetzt nicht, dass diese Automaten nicht stimmen"), noch vermochte er hierfür eine plausible Erklärung abzugeben. Vielmehr gab er bloss repetitiv an, dass er dazu nichts zu sagen wisse, da er – (hier zusammengefasst) – das Fassungsvermögen seiner Automaten nicht kenne, nie auf die Absatzzahlen der einzelnen Automaten geachtet habe, die Zigaretten nie gezählt habe, das eingenommene Geld nie gezählt habe (HD 8/4 S. 2 ff.; HD 8/3 S. 4 ff.) und auch dem Posten Tabak in seiner Buchhaltung nie grosse Beachtung geschenkt habe (HD 8/7 S. 8). Mit der Vorinstanz (Urk. 56 S. 22) kann festgehalten werden, dass ein solches Desinteresse eines Geschäftsmanns am Umsatz seiner Zigarettenautomaten als unglaublich zu werten ist, auch zumal der Angeklagte die drei Automaten alleine bewirtschaftete und jeweils eigenhändig nachfüllte (vgl. Urk. 8/4 S. 2 f.; Urk. 8/7 S. 7). Zudem deuten die stereotypen und mit floskelhaften Wahrheitsbeteuerungen ("ehrlich", "Sie können mich umbringen") durchsetzten Antworten des Angeklagten auch unter aussagepsychologischen Aspekten auf ein unwahres Aussageverhalten hin, wie von der Vorinstanz ebenfalls zu Recht hervorgehoben wurde.

2.3.6. Zusammengefasst ergibt sich somit auch aufgrund der divergierenden Zählerstände und Grosseinkäufen der dringende Verdacht, dass sich der Angeklagte im grossen Stil Zigaretten über illegale Kanäle beschafft und über seine Automaten verkauft haben muss (und dies gar noch in einem Ausmass, welches über die heute noch verfahrengegenständlichen 571 Stangen Zigaretten weit hinaus geht).

#### 2.4. Aussagen von B.\_\_\_\_\_ in der Strafuntersuchung.

2.4.1. Ein letztes den Angeklagten stark und in diesem Fall auch direkt belastendes Indiz besteht schliesslich darin, dass B.\_\_\_\_\_, der Dieb der fraglichen Zigaretten, den Angeklagten gegen Ende der Untersuchung ausdrücklich und konstant als seinen Hehler bezeichnete.

2.4.2. In der ersten Phase wollte B.\_\_\_\_\_ die Identität des Hehlers zwar nicht preisgeben und begründete dies damit, dass er sich keine Probleme einhandeln wolle (vgl. HD 10/6 S. 5; HD 10/8 S. 3). Später bezeichnete er wiederholt einen gewissen "P.\_\_\_\_\_" als seinen Abnehmer, dem er die gestohlenen Zigaretten jeweils in V.\_\_\_\_\_ übergeben habe (vgl. z.B. HD 10/15 S. 2 ff., HD 10/17 S. 2 f.; HD 10/27 S. 2 f.).

Dass er damit eine falsche Fährte zur Verschleierung des wahren Hehlers legen wollte, geht einerseits schon aus seinem Aussageverhalten hervor – vgl. etwa HD 10/8 S. 3: "Ich könnte hier einfach sagen, dass es Marco gewesen sei" oder auch HD 10/28 S. 4: "Ich gehe auch davon aus, dass P.\_\_\_\_\_ nicht der richtige Namen ist" – und ist sodann vor dem Hintergrund der neutralen Untersuchungserkenntnisse offensichtlich. So gab B.\_\_\_\_\_ – bevor er mit den Telefonkontrollen konfrontiert wurde – beispielsweise an, dass er in der Nacht vom 2. November 2007 nach den zwei Einbrüchen in G.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ sofort nach V.\_\_\_\_\_ gefahren sei, dort "P.\_\_\_\_\_", mit dem er auf 05.00 Uhr abgemacht habe, die Ware übergeben und anschliessend das Auto in V.\_\_\_\_\_ stehengelassen habe (Urk. HD 10/15 S. 4 f.; HD 10/20 S. 2). Tatsächlich aber ergibt sich, wie bereits ausgeführt, aus den Telefonkontrollen und dem Fahrzeugfund mit aller Deutlichkeit, dass sich B.\_\_\_\_\_ in jenen Morgenstunden in C.\_\_\_\_\_ befand, von dort aus

einen (einzig) Anruf tätigte, nämlich um 05.42 Uhr auf das Mobiltelefon des Angeklagten HD 20/1 Blatt 2), und das Transportauto in C.\_\_\_\_\_ stehen liess.

2.4.3. Erst nachdem er (seit der Einvernahme vom 13. Mai 2008; HD 10/27) mehrmals mit den Resultaten aus den Telefonauswertungen konfrontiert wurde, rang er sich schliesslich stückweise dazu durch, den Angeklagten zu belasten (vgl. hiezu die zutreffende Zusammenfassung der Aussagen von B.\_\_\_\_\_ im angefochtenen Entscheid, Urk. 56 S. 16 f.). In der Einvernahme vom 3. Juli 2008 bezeichnete B.\_\_\_\_\_ schliesslich ausdrücklich den Angeklagten als Abnehmer aller von ihm gestohlenen Zigaretten, und erklärte, dass es sich bei "P.\_\_\_\_\_" um den Angeklagten gehandelt habe und dass die Abnahmen nicht in V.\_\_\_\_\_, sondern in C.\_\_\_\_\_ stattgefunden hätten (Urk. 10/33 S. 3 - 6). Bei dieser Darstellung blieb er sowohl in der Schlusseinvernahme vom 15. Juli 2008 (HD 10/34 S. 10) als auch in der Konfrontationseinvernahme mit dem Angeklagten vom 15. Juli 2008 (HD 9/1 S. 2 ff.).

Dass B.\_\_\_\_\_ nur zögerlich zu dieser Sachverhaltsdarstellung überging und stets nur das anerkannte, was bereits mit Fakten belegt war, spricht gerade nicht gegen deren Glaubhaftigkeit. Vielmehr ist es ein in solchen Konstellationen häufig anzutreffendes Verhalten, dass ein Dieb den ihm bekannten Hehler so lange wie nur möglich zu schützen versucht. Letztlich aber blieb B.\_\_\_\_\_ nach Konfrontation mit den nachgewiesenen Telefonkontakten zwischen ihm und dem Angeklagten und dem Fund eines seiner zum Transport verwendeten Fahrzeuge in C.\_\_\_\_\_ kaum mehr ein ernsthafter Spielraum, seinen wahren Abnehmer weiter zu verheimlichen. Mit der Staatsanwaltschaft und der Vorinstanz ist deshalb festzuhalten, dass das Geständnis von B.\_\_\_\_\_ bezüglich seines Hehlers unter dem Druck der kontinuierlich vorgehaltenen Untersuchungsergebnisse zustande gekommen ist und gerade auch deshalb davon ausgegangen werden muss, dass es der Wahrheit entspricht.

2.4.4. In diesem Zusammenhang ist auf eine Stelle im Protokoll der Konfrontationseinvernahme vom 15. Juli 2008 hinzuweisen, worin B.\_\_\_\_\_ auf explizite Frage des Verteidigers des Angeklagten zu Protokoll gab, dass der Polizeibeamte S.\_\_\_\_\_ in V.\_\_\_\_\_ ihm gesagt habe, dass die von ihm gestohlenen Ziga-

retten beim Angeklagten aufgefunden worden wären. Aus der anschliessenden Protokollnotiz ergibt sich gemäss Darstellung des Verteidigers von B.\_\_\_\_\_, Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_, dass B.\_\_\_\_\_ anlässlich einer polizeilichen Befragung im Büro des Polizeibeamten grosse Behältnisse aufgefallen seien. Auf die Frage von B.\_\_\_\_\_, ob das Zigaretten seien, habe der Polizeibeamte S.\_\_\_\_\_ ausser Protokoll geantwortet, dass tatsächlich eine grössere Menge Zigaretten sichergestellt worden seien und man nun prüfe, ob diese rechtmässig erworben worden seien (HD 9/1 S. 7 f.)

Unter Berufung auf diese Protokollstelle bringt der Verteidiger des Angeklagten nun vor, dass die Vorstellung, wonach die Telefonkontrolle B.\_\_\_\_\_ dazu bewogen habe, die Wahrheit zu sagen, falsch sei. Viel naheliegender sei, dass B.\_\_\_\_\_, nachdem ihm zur Kenntnis gebracht worden sei, dass die gestohlene Ware beim Angeklagten aufgefunden worden sei, dies als eine willkommene Gelegenheit betrachtet habe, der Polizei wider besseren Wissens endlich einen konkreten Hehler zu nennen, um damit in den Genuss von Vergünstigungen zu kommen (Prot. I S. 21; HD 42 S. 12 f., Urk. 67 S. 2).

Sofern der Verteidiger mit diesem Einwand sinngemäss geltend machen wollte, dass von Seiten der Polizei die bewusste Fehlinformation verbreitet worden sei, dass das gestohlene Diebesgut beim Angeklagten nachgewiesen worden sei – zumindest die Staatsanwaltschaft erhielt diesen Eindruck (vgl. HD 41 S. 4 und Prot. I S. 21) – müsste ihm entgegengehalten werden, dass die vorstehend zitierte Protokollstelle eine solche Interpretation nicht zulässt. Denkbar ist, und dies scheint auch die vorrangige Auffassung des Verteidigers zu sein (HD 42 S. 13), dass B.\_\_\_\_\_ den Polizeibeamten S.\_\_\_\_\_ in diesem Sinne verstanden hatte. Dass aber B.\_\_\_\_\_ eine solche zufällig aufgeschnappte Information zum Anlass einer Falschbeschuldigung genommen haben könnte, erscheint nicht nachvollziehbar, hätte er dann doch den Angeklagten kaum derart zögerlich belastet (vgl. dazu die zutreffenden Ausführungen des vorinstanzlichen Urteils, Urk. 56 S. 20 f.). Viel naheliegender ist der Schluss, dass dieser ausserprotokollarische Wortwechsel einen zusätzlichen Grund dargestellt haben mag, weshalb es B.\_\_\_\_\_ zunehmend für aussichtslos hielt, die Wahrheit länger zu vertuschen. So

gab er denn auch in der nämlichen Konfrontationseinvernahme vom 15. Juli 2008 dem Angeklagten gegenüber (sinngemäss) an, dass er ihn nicht verraten hätte, wenn die Polizei bei ihm keine Zigaretten gefunden hätte und wenn sie nicht in den Besitz der Telefonnummern gelangt wäre, über die sie nach den Diebstählen telefoniert hätten (HD 9/1 S. 7).

2.4.5. Nachdem B.\_\_\_\_\_ den Angeklagten als Abnehmer sämtlicher von ihm gestohlener Zigaretten bezeichnet hatte, gab er am 3. Juli 2008 eine nachvollziehbare und im Kerngeschehen schlüssige Schilderung über die Umstände und die Art und Weise der Übergaben der gestohlenen Zigaretten ab, an welcher er im Wesentlichen auch in der Konfrontationseinvernahme vom 15. Juli 2008 festhielt (vgl. HD 10/33 S. 3 ff. und HD 9/1 S. 2 ff.). Die Vorinstanz ist nach Würdigung dieser Aussagen zum überzeugenden Schluss gelangt, dass vor dem Hintergrund der anerkannten aussagepsychologischen Kriterien keine Anzeichen auf wahrheitswidrige Angaben auszumachen sind (Urk. 56 S. 19 f.). Zu Recht hat sie auch darauf hingewiesen, dass der – hier nun auch schon mehrfach angesprochene – Umstand, dass sich die Sachverhaltsdarstellung von B.\_\_\_\_\_ mit bewiesenen, zur Tatzeit vorhandenen äusseren Umständen (Telefonkontrolle, Fahrzeugfund) in Übereinstimmung bringen lässt, als weiteres Kennzeichen wahrheitsgetreuer Aussage zu werten ist (Urk. 56 S. 19).

Die Verteidigung wendet in diesem Zusammenhang zwar ein, dass die Schilderung B.\_\_\_\_\_ betreffend Zigarettenübergaben nur schon deshalb unrealistisch sei, weil ein Transport der jeweils gestohlenen Zigarettenmengen mit den von B.\_\_\_\_\_ dazu entwendeten Fahrzeugen allein aus Platzgründen nicht möglich sei. Sodann sei auch lebensfremd, anzunehmen, dass der Angeklagte und B.\_\_\_\_\_ morgens zwischen 06.00 und 07.00 Uhr auf einem öffentlichen Parkplatz in der Nähe des Cafés D.\_\_\_\_\_ die grossen Mengen an Zigaretten unbemerkt hätten zählen können (HD 42 S. 15). Die Vorinstanz hat diesen Einwand indes mit überzeugender Begründung entkräftet, weshalb vorab darauf verwiesen werden kann (Urk. 56 S. 21; § 161 GVG/ZH). Ergänzend ist festzuhalten, dass die 211 Stangen Zigaretten aus den Diebstählen vom 2. November 2007 in jenem Fahrzeug transportiert worden waren, welches in C.\_\_\_\_\_ sichergestellt werden konn-

te (HD 10/25 S. 2: HD 10/34 S. 9). Dabei handelte es sich um einen Audi ..., also um einen Kombiwagen mit einem relativ grossen Gepäckraumvolumen, welches durch das Umklappen der Rücksitzlehne noch zusätzlich vergrössert werden kann. B.\_\_\_\_\_ gab denn auch an, dass er im Auto die Hintersitze nach vorne geklappt habe und führte weiter aus, dass das Auto danach ziemlich voll gewesen sei (HD 10/15 S. 4). Vor dieser lebensnahen Schilderung besteht kein Zweifel, dass auch diese zahlenmässig grösste Beute am 2. November 2007 in einem einmaligen nächtlichen Transport nach C.\_\_\_\_\_ verbracht werden konnte. Nach den Aussagen von B.\_\_\_\_\_ wurden sodann die Zigarettenstangen bei der Übergabe jeweils nicht einzeln gezählt. Vielmehr habe der Angeklagte diese vorerst nach Augenmass geschätzt und erst später nachgezählt, weshalb er auch nur einen Teil der Bezahlung sofort geleistet habe und das restliche Geld nachher gegeben habe. Im Durchschnitt habe er letztlich zwischen Fr. 25.– und Fr. 30.– pro Stange erhalten (vgl. HD 9/1 S. 5 und HD 10/30 S. 2). Anhand dieser realistischen Schilderung kann davon ausgegangen werden, dass die eigentlichen Übergaben auf dem Parkplatz in der Nähe des Lokals des Angeklagten jeweils sehr rasch von statten gingen.

2.4.6. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass B.\_\_\_\_\_ den Angeklagten in der Untersuchung glaubhaft als seinen Hehler bezeichnet hatte.

#### 2.5. "Erklärung" von B.\_\_\_\_\_ aus .. vom 11. Oktober 2011

2.5.1. Mit Eingabe vom 7. Dezember 2011 legte der Verteidiger im Rahmen des Berufungsverfahrens eine schriftliche, in ... Sprache [aus Staat Z.\_\_\_\_\_] abgefasste Erklärung vom 11. Oktober 2011 des sich mittlerweile in ... aufhaltenden B.\_\_\_\_\_ ins Recht, worin er die Belastung des Angeklagten vollumfänglich zurücknimmt.

Das Dokument lautet in der angehefteten, offenbar in einer ...er Anwaltskanzlei erstellten Übersetzung in etwas holpriges Deutsch wie folgt (Urk. 66/2 Blatt 2):

## "ERKLÄRUNG

Ich, Unterzeichneter B. \_\_\_\_\_ aus ..., [Adresse] Person Nr. ..., Personalausweis Nr. ..., geboren am tt.mm.1982, erkläre unter finanzieller und strafbarer Verantwortlichkeit für Züricher Obergericht, dass ich im Jahre 2008 vor Schweizerischer Polizei die falschen Angaben über den Käufer der Zigaretten gegeben hat und Herrn A. \_\_\_\_\_ aus C. \_\_\_\_\_ falsch bezeichnet habe. Herr A. \_\_\_\_\_ hat gestohlene Zigaretten von mir gar nicht gekauft.

Den wahren Käufer der gestohlenen Zigaretten möchte ich nicht aus Angst vor Repressalien und möglichen Problemen nennen, von denen ich in meinem Staat, Z. \_\_\_\_\_, betroffen würde, weil der wahre Käufer aus Z. \_\_\_\_\_ ist. Der Rechtsanwalt, der mich in der Schweiz vertreten hat, hat mich beraten, damit es mir leichter geht, eine Person anzu-melden, mit der ich die Kommunikation zum fraglichen Zeitraum hatte, weil wir uns ein paar Male zugehört haben. Nämlich hatte er mir einen Job zu finden.

Ich habe eine falsche Information gegeben, weil ich erhofft habe, dass eine geringere Strafe mir aussprechen würde.

Es tut mir leid, dass ich mit meinem Fehlverhalten Herrn A. \_\_\_\_\_ die Probleme verursacht habe

gez. B. \_\_\_\_\_ "

2.5.2. Entgegen der Auffassung der Verteidigung vermag dieses neu einge-reichte Beweismittel den Angeklagten nicht zu entlasten. Vielmehr erscheint die Erklärung von B. \_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2011 aus den nachfolgend dargestellten Gründen als unglaubhaft und muss als ein blosses Gefälligkeitsschreiben gewer-tet werden.

Vorerst ist darauf hinzuweisen, dass B. \_\_\_\_\_ anlässlich der Konfrontations-einvernahme vom 15. Juli 2008 aufgefordert worden war, die Wahrheit zu sagen und auf die Straffolgen der falschen Anschuldigung, der Irreführung der Rechts-pflege und der Begünstigung gemäss Art. 303 bis 305 StGB hingewiesen wurde. Er bestätigte, diese Strafbestimmungen verstanden zu haben (HD 9/1 S. 1). B. \_\_\_\_\_ deponierte seine umfangreichen Belastungen somit unter dem Eindruck der strengen Strafdrohung der genannten Gesetzesbestimmungen. Mit einer Falschaussage hätte er das Risiko einer (zusätzlichen) mehrjährigen Freiheits-strafe auf sich nehmen müssen, für den Fall, dass man ihm dies hätte nachwei-

sen können, solange er sich noch unter dem Zugriff der Schweizer Behörden befand. Es kann deshalb schon aus prozessualen Gründen nicht leichthin davon ausgegangen werden, dass er damals nicht die Wahrheit gesagt hatte.

Unter diesem Aspekt erscheint denn auch bezeichnend, in welcher Situation er seine Belastungen nun von sich aus zurücknahm, läuft er doch nach seiner Rückkehr nach Z.\_\_\_\_\_ keine konkrete Gefahr mehr, von den Schweizer Behörden belangt werden zu können. Dies aber ist ein Indiz dafür, dass er den Angeklagten aus Gefälligkeit oder aus Angst vor Repressalien zu entlasten versucht. Auf die Unglaubhaftigkeit seiner Erklärung vom 11. Oktober 2011 deuten auch die Ausführungen, wonach sein damaliger Rechtsanwalt in der Schweiz ihm zur Erleichterung seiner Situation dazu geraten habe, eine Person anzugeben, mit der er zum fraglichen Zeitraum in Kontakt gestanden habe (Urk. 66/2). Dass sein damaliger Verteidiger – dies müsste Dr. Y.\_\_\_\_\_ gewesen sein (vgl. HD 9/1 S. 1) – seinem Mandanten zum Ziele von Haft- oder Straferleichterungen zu einer strafbaren falschen Anschuldigung geraten haben soll, womit er seine berufliche Reputation auf das Spiel setzen und sich selber auch strafbar würde, ist nicht ernsthaft vorstellbar.

Von entscheidender Bedeutung ist schliesslich, dass für die Annahme einer falschen Anschuldigung nicht die geringsten objektiven Anhaltspunkte vorliegen. Vielmehr sprechen – wie vorstehend ausführlich gezeigt wurde – sämtliche erkennbaren Umstände gerade für die Heblerschaft des Angeklagten. Die von B.\_\_\_\_\_ im Rahmen der Untersuchung deponierten belastenden Aussagen betreffend den Ablauf der Zigarettenübergabe sind ja nicht nur realistisch und in sich selber stimmig. Sie lassen sich überdies in Übereinstimmung bringen mit den unabhängig davon erworbenen Kenntnissen aus den Telefonkontrollen und dem Fahrzeugfund in C.\_\_\_\_\_. Hinzu kommt, dass der Angeklagte auch durch weitere neutrale Umstände (markante Abweichung zwischen Zählerständen und Zigaretteneinkäufen sowie auffällige Neuanschaffung eines Zigarettenautomaten während der Deliktszeit) stark belastet wird. Hinzu kommt weiter, dass sich während der ganzen Ermittlung und Untersuchung nicht der minimalste konkrete Hinweis ergab auf eine Drittperson, welche als Hehler in Betracht zu ziehen gewesen wä-

re. Der von B.\_\_\_\_\_ bezeichnete "P.\_\_\_\_\_" aus V.\_\_\_\_\_ zeigte sich jedenfalls als zur Spurenverwischung vorgeschobene Figur, welche mit dem neutralen Untersuchungsergebnis keine Berührungspunkte aufwies. All dies spricht dafür, dass B.\_\_\_\_\_, als er den Angeklagten als seinen Hehler bezeichnete, die Wahrheit gesagt hatte.

## 2.6. Fazit

Zusammenfassend ergibt sich aufgrund der Telefonkontrollen, des Fahrzeugfonds in C.\_\_\_\_\_, der markanten Diskrepanz zwischen den hohen Automatenzählerständen und den bescheidenen Zigaretteinkäufen des Angeklagten, des auffälligen Automatenkaufs in der Deliktszeit sowie den glaubhaften und realistischen, mit den objektiven Untersuchungsergebnissen in Übereinstimmung stehenden Belastungen von B.\_\_\_\_\_ in der Strafuntersuchung eine klare Beweiskette für die Hehlerschaft des Angeklagten. Diesem klaren Resultat vermögen die vagen und inkonsistenten Aussagen des Angeklagten einerseits, sowie das späte und ungläubhafte Gefälligkeitsschreiben von B.\_\_\_\_\_ andererseits keine erheblichen Zweifel entgegenzusetzen. Der in der Anklageschrift vom 27. September 2010 vorgeworfene Sachverhalt betreffend den Tatkomplex gemäss Anklageziffer II hat deshalb als erstellt zu gelten.

## **III. Rechtliche Würdigung**

1. Der Hehleri im Sinne von Art. 160 Ziff 1 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer eine Sache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie ein anderer durch eine strafbare Handlung gegen das Vermögen erlangt hat, erwirbt, sich schenken lässt, zum Pfande nimmt, verheimlicht oder veräussern hilft.

Der Angeklagte erwarb zu mehreren, nicht exakt bestimmbar Zeitpunkten jeweils nach der Verübung der Diebstähle von B.\_\_\_\_\_ (zwischen dem 31. Oktober 2007 und 30. November 2007) insgesamt rund 571 Stangen Zigaretten, um diese über seine drei Zigarettenautomaten weiter zu verkaufen. Dabei wusste er aufgrund der Umstände um die deliktische Herkunft dieser Zigaretten. Damit er-

füllt das Verhalten des Angeklagten den objektiven und subjektiven Tatbestand der Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 StGB ohne weiteres.

Der Angeklagte erfüllte den Tatbestand mehrfach. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 56 S. 24 f.) kann indes aufgrund der kurzen Deliktsphase von einem Monat noch nicht davon gesprochen werden, dass der Angeklagte berufsmässig gehandelt habe. Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 160 Ziff. 2 ist deshalb vorliegend zu verneinen.

2. Somit ist der Angeklagte der mehrfachen Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

#### **IV. Strafe**

1. Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt dabei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 StGB).

Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB). In solchen Fällen sogenannter retrospektiver Konkurrenz ist im späteren Urteil zunächst von einer hypothetischen Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB für alle Delikte auszugehen. Von dieser ist die im früheren Urteil ausgesprochene Strafe abzuziehen, woraus sich die Zusatzstrafe ergibt (BGE 6B\_882/2008 vom 31. März 2009 E. 1.2 m.H.).

2. Der Angeklagte beging die heute zu ahndenden Delikte im Zeitraum Oktober/November 2007 und somit noch bevor er am 29. April 2009 durch die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich wegen Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu einer bedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 100.– und einer Busse in Höhe von Fr. 1'000.– verurteilt wurde (Urk. 58; Beizugsakten GG0070057, Urk. 33). Es liegt somit ein Fall retrospektiver Konkurrenz im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB vor.

Die Vorinstanz hatte für die heute zu beurteilenden Taten eine Freiheitsstrafe ausgesprochen und diese als Zusatzstrafe zur Strafe der I. Strafkammer des Obergerichts vom 29. April 2009 festgesetzt. Dieses Vorgehen ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in zweierlei Hinsicht falsch:

Bedingung für eine Zusatzstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB ist, dass die Voraussetzungen der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB erfüllt sind. Die Bildung einer Gesamtstrafe ist bei ungleichartigen Strafen nicht möglich (BGE 137 IV 57; Bundesgerichtsurteil 6B\_26/2011 vom 20. Juni 2011, E.3.9.4.). Eine Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zu einer Geldstrafe auszusprechen, wie dies die Vorinstanz getan hat, ist deshalb ausgeschlossen.

Als Zusatzstrafe zu der mit Urteil vom 29. April 2009 ausgesprochenen Grundstrafe kommt somit nur eine Geldstrafe in Betracht. Entgegen der (impliziten) Auffassung der Vorinstanz ist diese Sanktionsart im vorliegenden Fall denn auch angezeigt. Für Strafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr steht die Geldstrafe im Vordergrund. Das ergibt sich aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit, wonach bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden soll, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft (BGE 134 IV 82 E. 4.1 m.H.). Nachdem der Angeklagte als Vorstrafe einzig eine Busse aufweist (Urk. 58), darf ihm die gegenüber der Freiheitsstrafe mildere Sanktionsart der Geldstrafe nicht verwehrt werden.

3.1. Das Verschulden des Angeklagten hinsichtlich der heute zu beurteilenden Taten ist insgesamt als keineswegs mehr leicht zu werten. In objektiver Hin-

sicht ist festzuhalten, dass der Angeklagte gestohlene Zigaretten im Gesamtbetrag von Fr. 35'502.– übernommen und unter Nutzung der ihm beruflich zur Verfügung stehenden Infrastruktur gewinnbringend abgesetzt hat. Durch den Verkauf der insgesamt 571 Stangen Zigaretten erzielte der Angeklagte nach Abzug des Einkaufspreis von ca. 40% einen unrechtmässigen Erlös von rund Fr. 20'000.–. Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Angeklagte durch die Manifestation seiner Bereitschaft, gestohlene Zigaretten zu übernehmen, B. \_\_\_\_\_ zumindest mitmotiviert hat, die Einbruchdiebstähle zu begehen. Kriminelle Energie offenbart der Angeklagte auch damit, dass er im Dezember 2007 offensichtlich eigens im Zusammenhang mit den gestohlenen Zigaretten einen weiteren Zigarettenautomaten anschaffte, womit er sein unauffälliges Vertriebsnetz noch vergrösserte. Entgegen der Vorinstanz (Urk. 56 S. 27) kann dem Angeklagten allerdings nicht angelastet werden, dass er auch schon die zwei älteren Zigarettenautomaten im Hinblick auf eine deliktische Tätigkeit gekauft habe. Nach seinem Freispruch betreffend Tatkomplex I der Anklageschrift vom 27. September 2010 lässt sich dieser Nachweis nicht erbringen. Bezüglich der subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Angeklagte mit direktem Vorsatz gehandelt hat und ausschliesslich egoistische finanzielle Beweggründe als Motiv seines Handelns in Betracht fallen.

Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen ist festzuhalten, dass der Angeklagte in Z. \_\_\_\_\_ zur Welt kam und mit knapp 15 Jahren in die Schweiz kam. Beruflich war der Angeklagte, der eine Anlehre als Kellner absolviert hatte, immer in der Gastronomie tätig. Im Jahr ... eröffnete er das Café "D. \_\_\_\_\_" in C. \_\_\_\_\_, welches er heute noch betreibt. Der Angeklagte ist seit 2008 – nach einer ersten Ehe von 2002 bis 2007 – zum zweiten Mal verheiratet und hat zwei Kinder, welche heute ... und ... Jahre alt sind (Prot. II S. 6 ff). Aus dem Werdegang des Angeklagten lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten.

Die Vorinstanz hat dem Angeklagten (sinngemäss) strafferhöhend angerechnet, dass er uneinsichtig sei (Urk. 56 S. 27). Zutreffend ist, dass der Angeklagte die Taten bestreitet. Nach der Praxis des Bundesgerichts kann aber nur hartnäckiges Bestreiten bei klarer Beweislage als Zeichen von fehlender Einsicht und

Reue interpretiert werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_858/2008 vom 20. Mai 2009, E. 4.3.3 mit Hinweisen), was im vorliegenden Fall nicht zutrifft. Verfehlt ist sodann die vorinstanzliche Bemerkung, wonach das Bild von unehrlichem Verhalten noch dadurch bestärkt werde, dass er seiner (ersten) Ehefrau ein während der Ehe gezeugtes Kind verheimlicht habe, geht es doch bei der Strafzumessung nicht um eine generelle Abrechnung mit der Person des Täters im Sinne einer allgemeinen Lebensführungsschuld, sondern um das Mass seiner Verantwortung für bestimmt umschriebenes Verhalten (vgl. Trechsel/Affolter-Eijstein, StGB PK, Art. 47 N 7).

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 56 S. 27) sind dem Angeklagten nicht drei, sondern lediglich eine Vorstrafe vorzuhalten, nachdem das AVIG-Vergehen aus dem Jahr 1998 bereits gelöscht ist (vgl. Art. 369 Abs. 7 StGB) und die Strafe vom 28. April 2009 heute in eine Gesamtstrafe einfliesst. Die verbleibende Vorstrafe wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln aus dem Jahr 2003 wiegt nicht besonders schwer (Fr. 1'000.– Busse) und liegt ausserdem bereits über 8 Jahre zurück, weshalb sie für die vorliegende Strafzumessung nur noch marginal zu berücksichtigen ist.

Hinsichtlich der Tat des Angeklagten, welche die I. Strafkammer des Obergerichts am 28. April 2009 zu beurteilen hatte, ist mit dieser von einem noch relativ leichten Verschulden ausgehen: Der Angeklagte nahm Mitte März 2007 einmalig einen aus der ... gestohlenen Fernseher im Verkaufswert von rund Fr. 2'000.– entgegen und bezahlte dafür Fr. 1'400.– (vgl. Beizugsakten GG0070057, Urk. 33 S. 33 ff.).

Die mehrfache Tatbegehung ist strafferhöhend zu berücksichtigen.

3.2. Unter Berücksichtigung sämtlicher Strafzumessungsgründe erscheint als hypothetische Gesamtstrafe eine Geldstrafe von 270 Tagessätzen angemessen. Abzüglich der mit Urteil vom 28. April 2009 bereits ausgesprochenen Strafe von 50 Tagessätzen resultiert somit eine Zusatzstrafe von 220 Tagessätzen Geldstrafe.

3.3. Das Gericht bestimmt die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters (Art. 34 Abs. 2 StGB). In Anwendung der vom Bundesgericht hiezu festgesetzten Grundsätze (vgl. BGE 134 IV 65) ergibt sich die folgende Tagessatzberechnung;

Gemäss seinen heutigen Ausführungen verdient der Angeklagte aktuell ca. Fr. 4'500.– bis Fr. 5'000.– netto im Monat (Prot. II S. 7). Er ist verheiratet und hat zwei minderjährige Kinder, weshalb es sich rechtfertigt, 20% des Nettoeinkommens für Familien- und Unterstützungspflichten abzuziehen (vgl. BSK StGB I - Dolge, Art. 34 N 72 f.). Abzuziehen sind weiter die Krankenkassenkosten des Angeklagten und seiner beiden Kinder in der Höhe von insgesamt Fr. 410.– (Prot. II S. 9), nicht jedoch die Mietzinsen und Schulden. 2009 beliefen sich die Steuern bei einem steuerbaren Einkommen von rund Fr. 7'000.– des Angeklagten auf Fr. 48.– (Urk. 64/2 und 64/6). 2010 deklarierte der Angeklagte ein steuerbares Einkommen von Fr. 1'268.–. Ein Abzug für monatliche Steuerkosten rechtfertigt sich deshalb nicht.

Vor dem Hintergrund dieser wirtschaftlichen Verhältnisse ist der Tagessatz auf Fr. 90.– festzusetzen.

4. Zusammengefasst ist der Angeklagte daher mit einer Geldstrafe von 220 Tagessätzen zu Fr. 90.– als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 28. April 2009 zu verurteilen. Dabei ist ihm die ausgestandene Haft von 52 Tagen (vgl. HD 26/2 und 26/15) an die Strafe anzurechnen (Art. 51 StGB).

5. Schon aufgrund des Verbotes der reformatio in peius ist der Aufschub des Vollzuges zu bestätigen. Die Vorinstanz hat die Probezeit auf 4 Jahren festgesetzt. Dies ist nicht nachvollziehbar, liegt doch nur eine, weit zurückliegende und nicht einschlägige, Vorstrafe vor. Die Probezeit ist deshalb auf das gesetzliche Minimum, nämlich 2 Jahre, festzusetzen. (vgl. Urk. 56 S. 28 ff.).

## **V. Ersatzforderung**

Der Angeklagte erwirtschaftete durch die mehrfache Hehlerei einen Gewinn von rund Fr. 20'000.–. Die Vorinstanz verpflichtete den Angeklagten gestützt auf Art. 71 StGB zur Leistung einer Ersatzforderung von Fr. 5'000.–, ausgehend von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Angeklagten im Jahr 2005 (Einkommen Fr. 133'500.– und Vermögen Fr. Fr. 43'000.–). Auch in Anbetracht der aktuellen, verbesserten wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten erscheint die reduzierte Ersatzforderung von Fr. 5'000.– nicht von vorneherein uneinbringlich, weshalb daran festzuhalten ist.

## **VI. Kosten**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 6 bis 8) zu bestätigen und sind dem Angeklagten die zweitinstanzlichen Kosten aufzuerlegen.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 10. Dezember 2010 bezüglich Dispositivziffern 2, 9 und 10 (Teilfreispruch, Regelung der Zivilansprüche) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

### **Das Gericht erkennt:**

1. Der Angeklagte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig der mehrfachen Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.

2. Der Angeklagte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 220 Tagessätzen zu Fr. 90.–, wovon 52 Tagessätze als durch Untersuchungshaft geleistet gelten,, als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich. I. Strafkammer. vom 28. April 2009.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Der Angeklagte wird verpflichtet, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 5'000.– zu bezahlen.
5. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 6 bis 8) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–. Über allfällige weitere Kosten stellt die Gerichtskasse Rechnung.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Angeklagten auferlegt.
8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten(übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürichin vollständiger Ausfertigung an
  - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
  - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürichsowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
  - die Vorinstanz
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich
  - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

9. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Strafkammer

Der Präsident:

Der juristische Sekretär:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Höfliger